

“规范性文件”的法律界定及其效力

● 黄金荣*

【内容摘要】“规范性文件”的含义在法律领域存在狭义化使用的趋势。行政法规和行政规章的法律效力应该高于相应主体制定的规范性文件而不是与之具有同等效力;全国人大及其常委会制定的立法性文件也应划分为法律与规范性文件而不是将它们混为一谈;通过宪法解释确认各级司法机关具有制定规范性文件的权力或许是解决司法机关规范性文件混乱实践的一种可行途径。

【关键词】 规范性文件 界定 效力 全国人大 司法机关

法律、法规和规章以外的“规范性文件”是一类《立法法》没有规定却在法律实践中会对公民权利和义务产生重大影响的法律文件,由于《立法法》等法律对其缺乏应有的规范,因此,理论界要么对于此类“规范性文件”的范围、效力等级等问题存在很多似是而非甚至是错误的认识,要么对实践中出现的“规范性文件”混乱现象缺乏应有的理论回应。就行政规范性文件而言,目前大部分法理学教科书都理所当然地认为国务院通过的具有规范性的命令、决定具有与行政法规同等的法律效力,而对于权力机关规范性文件,无论是全国人大常委会自身还是法理学教科书,要么将全国人大及其常委会制定的具有规范性的文件都视为“法律”,要么认为其与法律具有同等效力,但实际上这些观点很难经受法律和逻辑的严格检验。在司法机关的规范性文件方面,尽管目前学术界的通说认为法律上只是承认两个最高司法机关具有制定司法解释性规范性文件的权力,但对于目前司法领域实际上大大突破此范围的各种“规范性文件”实践现象却缺乏应有的理论回应。本文就试图对行政机关、权力机关和司法机关涉及的上述规范性文件问题进行澄清和回应,从而为规范性文件体系和效力的重构提供理论依据。

一、“规范性文件”在法律领域的广义用法及其狭义化趋势

“规范性文件”是法律中经常出现但又并不局限于法律领域的一个概念,它主要是指具有规范性(即规定权利和义务)的、适用于不特定对象的各种文件。在非法律领域,“规范性文件”主要被用来指对某一群体具有纪律约束力的文件,例如,2013年颁布的《中国共产党党内法规和规范性文件备案规定》就将共产党的某些纪律性文件称为“规范性文件”。正因为“规范性文件”也用于法律之外的领域,因此有的国家机关或者学者有时会使用“法律规范性文件”^①或者“规范性法律文件”^②的概念来特指那

* 作者单位:中国社会科学院法学研究所。

① 如《最高人民法院关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》(法(研)复[1986]31号,已失效)用了“法律规范性文件”这种表达法。

② 如《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释[2009]14号)用了“规范性法律文件”这种表达法。孙国华主编的《法理学教程》(中国人民大学出版社1994年版)也将“由国家机关制定并发布的、具有普遍约束力的法律文件”称为“规范性法律文件”,并简称“规范性文件”(参见该书第394页)。

些法律上的规范性文件。

不过,通过检索目前我国法律领域与“规范性文件”有关的名词可以发现,“法律规范文件”和“规范性法律文件”这两种用法在法律实践中虽然并不少见,但主要局限于少数地方性法规、规章以及最高人民法院司法解释,^③在某些地方法院的司法文件以及行政机关的文件中也时有出现。^④但这两种用法从未在我国全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规中出现。

在全国人大及其常委会制定的法律中,最为常用的用法是“规范性文件”而不是“法律规范文件”和“规范性法律文件”。它最早出现于1989年的《行政诉讼法》,该法第32条规定,“被告对作出的具体行政行为负有举证责任,应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件”,随后《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》也都采用了此种用法。例如,《行政强制法》第10条规定,“法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施”,这些法律中的“规范性文件”显然是指包括法律、法规、规章在内的所有由国家机关制定的有法律效力的抽象性文件。2006年《各级人民代表大会常务委员会监督法》(以下简称《监督法》)第五章专门规定了“规范性文件的备案审查”,该法虽然并没有对何为“规范性文件”作出定义,但从其具体规定来看,它既包括法律、行政法规、地方性法规和规章,也至少包括较大的市以下地方各级人民代表大会及其常务委员会作出的决议、决定和较大的市以下地方各级人民政府发布的决定、命令,此外还包括最高人民法院和最高人民检察院“作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释”。

目前,很多地方性法规都坚持《监督法》等法律所确认的“规范性文件”的广义用法。例如,2008年《天津市人民代表大会常务委员会和区县人民代表大会常务委员会审查监督规范性文件办法》、2012年《北京市各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》和2012年《上海市人民代表大会常务委员会关于规范性文件备案审查的规定》都明确规定“规范性文件”包括规章。但与此同时,将“规范性文件”仅限于指法律、法规和规章以外有法律效力的抽象性文件的狭义用法也越来越普遍。例如,2007年《广东省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查工作程序规定》就规定:“本规定所称规范性文件,是指本省各级人民代表大会及其常务委员会作出的涉及公民、法人、其他组织权利义务的,具有普遍约束力的决议、决定和县级以上人民政府发布的涉及公民、法人、其他组织权利义务的,具有普遍约束力的行政决定、命令。”这里的“规范性文件”就是一种狭义用法。2013年《吉林省规范性文件制定办法》也同样如此,它明确规定:“本办法所称规范性文件,是指除政府规章外,本省行政机关依据法定职权或者法律、法规授权,制定的涉及公民、法人和其他组织权利义务,具有普遍约束力,在一定期限内可以反复适用的文件。”

尤其值得注意的是,与地方性法规在广义上使用“规范性文件”的情况仍然相当普遍不同,在行政法领域,各种行政规章和其他行政文件大都只在狭义的含义上使用“规范性文件”一词。例如,《河北省规范性文件制定规定》、《浙江省行政规范性文件管理办法》、《四川省行政规范性文件制定和备案规定》、《财政部规范性文件制定管理办法》和《农业部规范性文件管理规定》等规章都明确规定规范性文件是指规章以外具有普遍约束力的行政管理性文件。2006年《国务院办公厅关于进一步规范部门涉外规章和规范性文件制定工作的通知》也在狭义的意义上使用“规范性文件”一词。在行政法领域,与狭义上“规范性文件”用法接近的还有“行政措施”和“行政规定”两个类似概念。“行政措施”这个概念来自《宪法》第89条的规定,该条款将规定“行政措施”与制定“行政法规”都作为国务院的职权。在上世纪90年代,“行政措施”这个概念曾被某些地方性法规所使用,但后来基本上都被“行政规范性文件”概

^③ 出现“法律规范性文件”一词的地方性法规如2005年《云南省行政复议规定》、2009年《郑州市会展业发展专项资金使用管理办法》。出现“规范性法律文件”用法的部门规章如2005年《信息产业部规章制定程序规定》、2010年《违反公安行政管理行为的名称及其适用意见》。

^④ 如《广东省高级人民法院关于民商事审判适用诉讼时效制度若干问题的指导意见》、《郑州市地方税务局行政处罚自由裁量阶次制度实施办法(试行)》等文件都采用了“规范性法律文件”的表述。

念所取代。^⑤“行政规定”这个词主要源于1999年《行政复议法》第7条,该条将规章以外的国务院部门的规定、县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定以及乡、镇人民政府的规定都视为公民申请行政复议时可以提出附带审查的规范性文件。

由上可见,就“规范性文件”这一法律术语在目前法律领域的实际用法而言,无论是将它用来泛指包括法律、法规、规章在内的一切具有普遍约束力的抽象法律文件,还是只是将它视为除了法律、法规和规章以外的那些抽象性法律文件都是可以的,其具体含义要取决于特定法律文件对它的界定,但其含义也存在一定的狭义化趋势。为了讨论的方便,本文除有特别指出之处外都只在狭义的含义上使用“规范性文件”一词。目前规范性文件存在的相关问题非常多,行政规范性文件领域的问题尤其受到较大关注,^⑥但本文的目的并不在于讨论所有规范性文件类型的诸多问题,而主要关注司法机关以及具有立法权限的权力机关、行政机关制定之规范性文件的法律界定和效力问题。

二、行政法规、规章效力应该高于相应立法主体制定之行政规范性文件

行政法规、规章与相应立法主体制定的“规范性文件”究竟有什么区别?它们之间的效力等级关系如何?对于这些问题目前的法律规定并不明确。例如,《宪法》只是确认国务院可以“根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令”;国务院“各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章”。又如,《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》确认“省、自治区、直辖市的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章”,“省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规,制定规章”,同时确认这些行政机关也可以为了“执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议,以及上级国家行政机关的决定和命令,规定行政措施,发布决定和命令”。但是对于国务院制定的行政法规与其通过的抽象性“行政措施”、“决定”和“命令”,国务院各部委制定的规章与其通过的“命令”、“指示”,以及省级政府和较大的市的政府制定的规章与其通过的“行政措施”、“决定”、“命令”,在性质和效力等级方面有何区别,这些法律却语焉不详,《立法法》也没有任何规定。

尽管如此,行政法规、规章与相应立法主体制定的“规范性文件”存在区别这一点还是毋庸置疑的。首先,在我国法律体系中,与一般行政规范性文件不同,行政法规和规章是一类具有明确的法律渊源地位并且受到法律严格规范的权威法律文件。《立法法》对于行政法规和规章的立法权限以及备案程序都作了基本的规定,《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政强制法》也对行政法规和规章的立法保留事项具有特殊的规定,而国务院和具有规章制定权的其他行政机关制定的一般规范性文件显然无法适用这些规定。其次,《行政复议法》允许对规章之外的“国务院部门的规定”在行政复议时提出附带性审查,这也说明法律对于规章与规章制定机关制定的其他“规定”进行区别对待的态度。最后,行政法规和规章与一般行政规范性文件在制定程序和名称上由不同的行政法规予以规范。行政法规的制定程序由《行政法规制定程序条例》予以规定,行政法规在名称上只能称为“条例”、“规定”、“办法”、“暂行条例”或“暂行规定”;规章的制定程序由《规章制定程序条例》予以规范,规章的名称一般只使用“规定”和“办法”两个名称;而对于一般行政规范性文件的制定程序则主要由2012年《党政机关公文处理工作条例》(之前是2000年《国家行政机关公文处理办法》)予以规定,其一般使用“决议”、“决定”、“命令”、“公告”、“通知”、“意见”等名称。

^⑤ 例如,1992年《天津市行政措施备案规定》已被2007年《天津市行政规范性文件管理规定》所取代,1994年《北京市行政措施备案规定》已被2005年《北京市行政规范性文件备案监督办法》所取代。

^⑥ 对于行政规范性文件存在之诸多问题的分析,可以参见赵振华:《我国规范性文件的现状与问题》,载周汉华编:《行政复议司法化:理论、实践与改革》,北京大学出版社2005年版。

从上述法律规定可以看出,行政法规与国务院制定的规范性文件、规章与规章制定机关制定的规范性文件之间无论在规范内容,还是在制定程序和名称方面都存在比较明显的区别。但现存的一个关键问题是,这是否意味着它们之间在效力等级方面也存在区别?

《立法法》对于“法律”、“行政法规”、“规章”、“地方性法规”之间的效力等级关系作了比较明确的界定,但对于与这些法律文件具有相同制定主体的“规范性文件”与它们之间的效力等级关系却没有作任何规定。由于宪法、有关国家机关组织法等法律对于“行政法规”、“规章”、“地方性法规”与相应主体发布的“决定”、“命令”、“指示”、“决议”总是相提并论,并且《立法法》体现的“效力等级取决于制定主体等级”的观念深入人心,因此将两者效力相等的观点在法理学中一直占据主流地位。例如,孙国华主编的《法理学教程》就认为,“国务院发布的具有规范性内容的决定和命令,也是法的渊源,与行政法规具有同等效力”,“国务院各部委发布的规范性决定和指示,也属于法的渊源,其效力低于宪法、法律和行政法规。”^⑦根据同样的逻辑,该书实际上也认为部委通过的规范性文件与规章具有同等的效力。又如张文显主编的《法理学》也确认,“国务院常务会议通过的决议、决定和它发布的行政命令,亦属于行政法规的范畴,具有同等效力。”^⑧

但问题是,如果行政法规、规章与这些法律文件主体制定的规范性文件具有同等的法律效力,那么《立法法》第83条有关“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定”的规定也应适用于解决行政法规、规章与这些法律文件主体制定的规范性文件之间的冲突。据此,如果国务院新发布的规范性文件与原有行政法规就同一事项的规定相冲突,就会产生应适用规范性文件而不是行政法规的后果,这显然会使得行政法规的权威性受到很大的挑战,在国务院规范性文件数量要远远多于行政法规的现实下,更是显得如此。法理学教科书中的这种观念也与我国有关法律规定相冲突。例如,《宪法》和《立法法》都规定,省、直辖市的人民代表大会及其常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。法律只要求地方性法规不能与行政法规相抵触,并没有要求其不能与国务院规范性文件相抵触,如果行政法规与国务院规范性文件具有同等效力,那等于要求地方性法规也不能与国务院规范性文件相抵触,这显然违反现行法律的规定。

由此可见,基于行政法规在我国法律体系中的权威地位,国务院规范性文件的法律效力并不能与其相提并论,行政法规的法律效力应该高于国务院规范性文件的效力。基于同样的理由,规章的效力也应该高于该规章主体制定的一般规范性文件。目前规范行政规范性文件的2012年《党政机关公文处理工作条例》就明确要求公文的起草要“符合党的理论路线方针政策和国家法律法规”(2000年《国家行政机关公文处理办法》的表述是“符合国家的法律、法规及其他有关规定”)。一些部委的规章(如2012年《农业部规范性文件管理规定》、2013年《财政部规范性文件制定管理办法》)也明确要求部委规范性文件不仅不得违反法律、行政法规和国务院的决定,而且还不得违反规章的规定。这些规定都说明,至少对于行政机关来说,行政法规的效力高于国务院规范性文件,规章的效力高于该规章制定主体发布的规范性文件是确定无疑的。

三、全国人大及其常委会立法性文件也应有法律与规范性文件之分

相对于行政规范性文件,国家权力机关的规范性文件无论在实践上还是在理论上受到的关注相对要少很多,但也正因如此,权力机关的规范性文件问题在某种程度上更是一个谜团。目前人们对于不具有立法权限的地方权力机关制定的具有普遍适用性的文件称为“规范性文件”这一点并没有任何疑问,

^⑦ 同前注^②,孙国华主编书,第397页。朱景文编的《法理学》(中国人民大学出版社2007年版)的观点与前述教材仍然一脉相承,参见该书第223~224页。

^⑧ 张文显主编:《法理学》第4版,高等教育出版社、北京大学出版社2011年版,第56页。

人们不太确定的是,那些具有立法权限的权力机关是否与具有立法权限的行政机关类似,除了制定法律、法规外还会制定一般的规范性文件。

如果按照前述具有立法权限的行政机关的逻辑,具有立法权限的权力机关也会制定一般规范性文件是确定无疑的。宪法、法律都规定全国人大及其常委会除了可以制定法律外,还可以就某些事项作出决议和决定,具有立法权限的地方人大及其常委会除了可以制定地方性法规之外,还可以就本行政区域的重大事项作出各种决议和决定。那么是否如有学者所认为的那样,具有立法权限权力机关通过的具有普遍适用性的决议和决定都是“立法机关的规范性文件”呢?^⑨或者依照与行政机关同样的逻辑,这些立法机关的规范性文件的法律效力等级也应该低于由同一机关通过更加严格的程序制定的法律或地方性法规呢?^⑩至少从目前的立法实践以及全国人大常委会工作机构的实际做法看,这种区分法律与全国人大及其常委会规范性文件及其效力等级的理论推论实际上并不适用。

首先,从法律文件的名称上很难区别哪些是法律,哪些是全国人大及其常委会规范性文件。目前没有任何法律对全国人大及其常委会作出的决议和决定的性质和内容作出规范,对于“法律”与具有规范性的“决议”和“决定”的区别更是无从谈起。从全国人大法工委确认的“法律”的使用名称上看,尽管绝大部分都称为“法”,但称为“条例”(如2004年修订的《学位条例》)、“规则”(如1989年《全国人民代表大会会议事规则》)、“办法”(如1996年修订的《中国人民解放军选举全国人民代表大会和县级以上地方各级人民代表大会代表的办法》)、“规定”(如1983年《全国人民代表大会常务委员会关于县级以下人民代表大会代表直接选举的若干规定》)和“通则”(《民法通则》)的法律并不鲜见,即使称为“决议”(如1980年《全国人民代表大会常务委员会关于批准〈国务院关于老干部离职休养的暂行规定〉的决议》)和“决定”(如1998年《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》)的法律的数量也相当可观。因此仅凭名称,根本不太可能对全国人大及其常委会制定的法律文件进行有效区分。^⑪

其次,尽管全国人大常委会工作机构对全国人大及其常委会制定的具有规范内容的立法性文件并非没有进行类型划分,但其划分却缺乏统一的标准,并且对于这些文件的法律效力等级也没有进行任何区分。如果严格根据《立法法》的规定,要区分哪些全国人大及其常委会制定的立法性文件属于《立法法》界定的“法律”并不难,一个最简单的标准就是《立法法》第23条和第41条有关法律必须“由国家主席签署主席令予以公布”的规定。凡是经过国家主席签署主席令公布的立法性文件就属于《立法法》界定的“法律”,否则只能称为一般的“规范性文件”。然而,从全国人大常委会工作部门的实际做法看,它们显然并没有严格按照这种标准进行划分。例如,作为目前全国人大常委会最权威的立法统计文本,全国人大常委会法工委立法规划室编的2013年《中华人民共和国立法统计》将“1979年以来通过的法律”分为“宪法”、“宪法修正案”、“法律”、“法律解释”和“有关法律问题的决定”。对于全国人大及其常委会作出的各种具有规范性的决议或决定,该书总体上按照是否经过国家主席签署而将它们分别划入

^⑨ 参见王锴:《论规范性文件的备案审查》,《浙江社会科学》2010年第11期。

^⑩ 但目前法理学教材主流的观点还是主张,全国人大及其常委会通过的具有规范性的决议和决定与法律具有同等法律效力(同前注②,孙国华主编书,第396页)。但也有法理学教材一方面认为,“全国人大及其常委会所作的决议或者决定,如果其内容是规范性的,那么也应当被视为狭义的法律”,另一方面又认为,当基本法律、基本法律以外的法律与全国人大常委会的决议或者决定相冲突时,法官在适用时遵循的一般原则是“基本法律>基本法律以外的法律>决议或者决定”,与此同时还确认,“如果上述三者之间属于特别法与一般法的关系,则按照‘特别法优先于一般法’的原则来加以适用”(参见舒国滢主编:《法理学》,中国人民大学出版社2012年版,第138页),这种观点实际上是自相矛盾的,如果全国人大及其常委会所作的决议或者决定被视为狭义上的法律,那么它们与所谓“基本法律以外的法律”应该具有同等效力,在两者相冲突时就不应该优先适用所谓“基本法律以外的法律”;该教材确认“基本法律以外的法律”与“决议或者决定”属于特别法与一般法的关系时应按照“特别法优先于一般法”的原则予以适用的观点实际上也再次确认两者具有同等效力,因为只有在此具有同等效力的前提下,才会适用“特别法优先于一般法”这个规则。

^⑪ 认定这些法律文件为“法律”的依据是全国人大常委会法工委立法规划室编:《中华人民共和国立法统计》(2013年版),中国民主法制出版社2013年版。

“法律”或“有关法律问题的决定”的范畴,但又并没有将这个标准贯彻到底。例如,对于同样经过国家主席签署的全国人大常委会决定,它将2009年6月作出的《全国人民代表大会常务委员会关于废止部分法律的决定》和1998年《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》划为“法律”,但却将2005年《全国人民代表大会常务委员会关于废止〈中华人民共和国农业税条例〉的决定》和1995年《全国人民代表大会常务委员会关于惩治违反公司法的犯罪的决定》划入“有关法律问题的决定”。^⑩

从全国人大常委会法工委立法规划室的做法也可以看出,尽管其对全国人大及其常委会制定的立法性文件存在“法律”和“有关法律问题的决定”的划分,但并没有将后者视为在法律效力上低于法律的“规范性文件”,因为它仍将这类决定视为全国人大及其常委会“通过的法律”。全国人大常委会法工委审定的另一本法律汇编也可以进一步印证这一点。2011年全国人大常委会法工委审定的《中华人民共和国常用法律法规全书》就直接将2004年《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》、2005年《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》等诸多未经国家主席签署的立法性文件直接纳入了全国人大及其常委会制定的“法律”范畴。^⑪

全国人大常委会工作部门对全国人大及其常委会制定的所有立法性文件都相提并论、不区分“法律”和“规范性文件”的实际做法既与行政机关严格区分行政法规、规章与相应规范性文件的做法相矛盾,也与有关法律相冲突。狭义的“法律”在我国法律体系中具有极高的法律地位,《立法法》已经对狭义“法律”规定了严格的法律程序,在这种情况下,就如同国务院不按《行政法规制定程序条例》制定的文件不能称为“行政法规”一样,凡是不符合《立法法》规定之程序制定的立法性文件都不应视为“法律”(至少2000年《立法法》通过之后是如此),而只能视为全国人大及其常委会制定的“规范性文件”,因此那些没有按照《立法法》要求经过国家主席签署主席令公布的立法性文件都只能称为“规范性文件”,而不能称为“法律”,它们无权规定《立法法》、《行政处罚法》、《行政许可法》和《行政强制法》等属于“法律”保留的事项,除了法律有特别规定^⑫外,它们在效力等级上也应低于“法律”,而不能与之相冲突。依据《立法法》第63条有关“省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规”的规定,省、自治区、直辖市的人大及其常委会在制定地方性法规时只负有不与全国人大及其常委会制定的“法律”相抵触的义务,但并不负有不与其制定的“规范性文件”相抵触的义务。

全国人大常委会工作部门对全国人大及其常委会制定的所有立法性文件不加严格区分的做法事实上也与2006年《监督法》相矛盾。《监督法》第五章有关“规范性文件的备案审查”的规定虽然没有对“规范性文件”作任何界定,但结合其第28条和第29条的规定^⑬可以看出,它至少确认较大的市的人大及其常委会作出的不适当的决议、决定是可以由上级人大常委会予以撤销的“规范性文件”,并且这种文件显然不同于第28条规定的“地方性法规”。这就意味着《监督法》明确对较大的市制定的“地方性法规”和“规范性文件”作了明确的区分,它们在备案程序上的不同更是证明了这一点。既然《监督法》对较大的市的人大及其常委会制定的立法性文件存在“地方性法规”和“规范性文件”的明确区分,就没有理由否定同样作为权力机关的省级人大及其常委会乃至全国人大及其常委会制定的立法性文件具有

^⑩ 同前注^⑩,全国人大常委会法工委立法规划室编书,第123页、第127页、第139页、第143页。

^⑪ 参见全国人大常委会法制工作委员会审定:《中华人民共和国常用法律法规全书》,中国民主法制出版社2011年版。

^⑫ 例如,《立法法》第47条规定,“全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力”,因此尽管这种法律解释在性质上仍然属于“规范性文件”的范畴,但其基于《立法法》这个特别规定而与法律具有同等效力。

^⑬ 《监督法》第28条规定:“行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的备案、审查和撤销,依照立法法的有关规定办理”;第29条规定:“县级以上地方各级人民代表大会常务委员会审查、撤销下一级人民代表大会及其常务委员会作出的不适当的决议、决定和本级人民政府发布的不适当的决定、命令的程序,由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会参照立法法的有关规定,作出具体规定。”

同样的区分,否则就只能是逻辑错乱。

全国人大常委会工作机构的做法也与地方人大及其常委会的普遍实践相矛盾。具有立法权限的地方权力机关不仅很早就关注到同一机关制定的“地方性法规”和“规范性文件”的区别,而且对于它们之间的效力等级关系也具有比较明确的认识。例如,福建省人大常委会早在1991年就曾通过《福建省权力机关、行政机关规范性文件管理办法》(现已失效)。该办法规定的“权力机关规范性文件”是指“人民代表大会或其常务委员会为保证宪法、法律、法规和上级人民代表大会及其常务委员会决议的遵守和执行,在职权范围内制定的、在本行政区域内具有普遍约束力的行为规则的总称”,此外,它还对规范性文件的名称进行了明确的规范。

此外,目前省、自治区和直辖市人大及其常委会制定的有关规范性文件备案审查的地方性法规也都基本上明确将较大的市的人大及其常委会的抽象性决议和决定作为应该备案的“规范性文件”,并且明确要求这种“规范性文件”不得与法律和法规(包括地方性法规)相抵触。例如,2007年《福建省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查规定》第4条特别规定:“规范性文件设定权利义务必须有法律、法规依据,不得超越法律、法规限定的范围”;2007年《江苏省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》更是明确规定,规范性文件不得“与法律、行政法规和本行政区域内地方性法规相抵触”。这些地方性法规规定的“法规”和“本行政区域内地方性法规”当然也包括规范性文件制定主体自己通过的地方性法规。因此,从目前地方立法的实践看,具有立法权限的地方权力机关都确认同一机关制定的地方性法规的效力还是要高于规范性文件。

当然,与全国人大及其常委会的立法性文件存在对“法律”还是“规范性文件”之间的区分问题一样,地方具有立法权限的权力机关也存在一个如何识别同一机关制定的立法性文件究竟是属于“地方性法规”还是“规范性文件”的问题。对此,除了从名称上进行简单的识别外,还可以从其是否按照有关地方性法规立法条例的规定制定以及是否根据地方性法规的方式予以备案进行判断。由于目前大部分省份的地方性法规对于“地方性法规”名称的使用相对比较统一和规范,并且具有立法权限的权力机关制定的“规范性文件”无论在数量还是重要性上都无法与全国人大及其常委会制定的“规范性文件”相提并论,因此全国人大及其常委会的规范性文件划分存在的问题无疑要比地方权力机关突出得多。

四、通过宪法解释将司法“规范性文件”纳入现有法律体系的范畴

除了行政机关与权力机关,我国某些司法机关事实上也具有制定规范性文件的权限。这主要涉及两个问题:第一个是如何认识最高人民法院和最高人民检察院制定的规范性文件的法律属性问题;第二个是地方各级人民法院和人民检察院制定的抽象性文件是否属于规范性文件的问题。遗憾的是,在这两大问题上,实践所呈现的却是一种矛盾百出的乱象。

(一)如何解决最高司法机关司法解释以外的其他“规范性文件”?

按照目前的通说,最高人民法院和最高人民检察院制定司法解释的最初权力源于全国人大常委会的特别授权。1981年《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》规定“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民检察院进行解释”。对这种司法解释的权力,《人民法院组织法》和《监督法》也相继予以了确认。^⑩《监督法》第五章有关“规范性文件的备案审查”的章节特别规定了最高人民法院和最高人民检察院司法解释的备案审查问题本身也说明,《监督法》将它们的司法解释直接视为一种规范性文件。

现在首先出现的一个问题是,最高人民法院和最高人民检察院制定的抽象性文件是否都属于这种具有法律效力的“司法解释”?两个最高司法机关自身对制定司法解释的程序和名称都制定了专门的

^⑩ 到目前为止,《人民检察院组织法》还未直接确认最高人民检察院具有进行司法解释的权力。

规范。根据2007年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》，最高人民法院的司法解释都要经过最高人民法院审判委员会通过，应当在《最高人民法院公报》和《人民法院报》上刊登；司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。2006年《最高人民检察院司法解释工作规定》也规定，最高人民检察院发布的司法解释应当经检察委员会审议通过，并以最高人民检察院公告的形式在《最高人民检察院公报》和全国性媒体上公开发布；司法解释文件采用“解释”、“规定”、“规期”、“意见”、“批复”等形式。

但问题在于：如果以两个最高司法机关自身规定的司法解释名称为限，那么无论是最高人民法院还是最高人民检察院，其制定的抽象性文件都不只有司法解释，对于最高人民法院而言尤其如此。例如，即使在2007年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》修订后，最高人民法院就通过了诸如《最高人民法院关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》、《最高人民法院特约监督员工作条例（试行）》、《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》等抽象性文件。按照最高人民法院自己的规定，这些“纪要”、“条例”和“意见”都不属于经过全国人大常委会授权可以作出的司法解释，因此并不具有司法解释的法律效力，哪怕它们实际上都得到了地方各级法院的遵守。

目前法律对最高人民法院和最高人民检察院制定司法解释以外的规范性文件缺乏明确授权的结果，使得它们颁布的诸多抽象性文件缺乏法律效力，从而使它们在行使某些行政管理职能时所必需的权力得不到有效的法律保障。例如，2012年两个最高司法机关共同发布了《最高人民法院、最高人民检察院关于地方人民法院、人民检察院不得制定司法解释性质文件的通知》，这个通知旨在规范地方各级司法机关制定地方“司法解释”的权力，但根据这两个机构自己的规定，这个通知并不属于司法解释，而属于其他“司法文件”，因此并不具有法律效力。在这种情况下，地方各级司法机关从理论上说并没有遵守这个通知的法律义务。

目前最高人民法院和最高人民检察院缺乏法律明确授权的制定司法解释外规范性文件的权力以及这两个机构之间对于“司法解释”理解的不同也使得很多部门联合颁布之抽象性文件的法律效力存在很大的疑问。例如，2010年几个法律部门联合颁布了《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》。公安部和司法部都具有制定规范性文件的权力，因此对它们而言，这个意见都属于行政规范性文件，最高人民检察院依据《最高人民检察院司法解释工作规定》有关司法解释文件可以称为“意见”的规定把它作为“司法解释”也没有问题，但是，根据最高人民法院自己的规定，“意见”并不属于司法解释，因此它只能是属于司法解释之外严格意义上并不具有效力的其他抽象性文件。在这种情况下，就出现了同一个文件，对公安部、司法部、最高人民检察院是有法律效力的规范性文件，而对最高人民法院却不是规范性文件的荒谬结果。

然而，从最高人民法院和最高人民检察院自身的实践看，它们显然都没有否定自己制定的司法解释以外的抽象性文件的法律效力。对于司法解释之外的其他抽象性文件，两个最高司法机构都使用了两个经常与“司法解释”相提并论的名称，即“规范性文件”和“司法解释性质文件”。例如，2010年《最高人民法院、最高人民检察院关于废止部分司法解释和规范性文件的决定》就将司法解释以外的抽象性文件（如各种“通知”）都称为“规范性文件”；2013年《最高人民法院关于废止1997年7月1日至2011年12月31日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第十批）的决定》又称之为“司法解释性质文件”，并且明确声称，“废止的司法解释和司法解释性质文件从本决定施行之日起不再适用，但过去依据下列司法解释、司法解释性质文件对有关案件作出的判决、裁定仍然有效。”最高检也自2002年起分批废止了一些司法解释和所谓的“规范性文件”。

不仅如此，这些“司法解释性质文件”或者“规范性文件”的效力也并没有受到全国人大常委会法工委的否认。2011年和2012年，全国人大常委会将对司法解释的集中清理和备案审查作为其重要的工作任务之一，清理的对象并不局限于司法解释，也包括“司法解释性质文件”或“其他规范性文件”。2013年《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于司法解释集中清理工作情况的报告》指出：

“按照集中清理工作的原则和要求,最高人民法院梳理出单独和联合制发的现行有效的司法解释、司法解释性质文件以及其他规范性文件共计 3351 件。经研究确定纳入清理范围的 1600 件,其中确定废止的有 715 件,修改的有 132 件,保留的有 753 件。最高人民检察院梳理出单独和联合制发的现行有效的司法解释、司法解释性质文件以及其他规范性文件 1000 余件。”根据这个表述,全国人大常委会法工委显然并没有否认司法解释之外两大最高司法机关制定的“司法解释性质文件”或“其他规范性文件”的法律效力。

两个最高司法机关司法解释以外之文件的效力得到很大程度的默认这一点并不奇怪。虽然法律对于它们制定司法解释以外规范性文件的权力规定并不明确,但在国务院各部委都具有制定规章和规范性文件的权力的情况下,具有更高法律地位的两个最高司法机关在存在客观需要的情况下拥有类似权力并不过分。如果对宪法进行适当的解读,我们甚至也可以说,制定具有法律效力的规范性文件是宪法赋予两个最高司法机关的默示权力。《宪法》第 127 条确认:“最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作”;第 132 条规定:“最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作,上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。”可以想象,对数量众多的地方司法机关,如果不通过有法律效力的规范性文件进行“监督”或“领导”,这种“监督”或“领导”如何能够实现?因此考虑到两个最高司法机关具有制定司法解释外规范性文件的客观需要以及这种文件广泛存在的现实,从宪法的角度肯定两个机关的这种权力不失为一种明智的选择。

(二) 地方各级司法机关的“规范性文件”合法性何在?

如果按照目前有关两个最高司法机关司法解释的权力来自全国人大常委会授权的主流说法,地方司法机关毫无疑问并不具有制定具有法律效力的抽象性司法解释文件的权力,^⑩当然更不具有制定司法解释以外规范性文件的权力。但问题在于,地方各级司法机关,尤其是各省、自治区和直辖市的高级人民法院和高级人民检察院制定各种地方“司法解释”以及其他规范性文件早已成为一种比较普遍的实践。

不可否认,在实践中,不同地方的地方性法规对于这些文件法律效力的认识并不一致。有些省份在有关规范性文件备案审查的地方性法规中就已明确将某些法院制定的解释性文件视为应该予以备案审查的“规范性文件”。例如,2008 年《天津市人民代表大会常务委员会和区县人民代表大会常务委员会审查监督规范性文件办法》就规定,天津市人大常委会审查监督的“规范性文件”包括“市高级人民法院、市人民检察院为执行法律、法规和司法解释而制定的具有普遍约束力的文件”;2003 年《安徽省人民代表大会常务委员会关于规范性文件备案审查工作程序》和 2003 年《河南省人民代表大会常务委员会规范性文件备案办法》也作了类似的规定。而 2007 年《安徽省各级人民代表大会常务委员会实行规范性文件备案审查的规定》则更进了一步,它甚至规定,应当报本级人大备案审查的规范性文件包括“人民法院、人民检察院制定的执行最高人民法院、最高人民检察院司法解释的规范性文件”,这就意味着该地方各级人民法院和人民检察院制定的司法解释性文件都被视为应予以备案的规范性文件。2010 年《新疆维吾尔自治区各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》的规定也与安徽省类似。但也有很多地方(如北京、湖北、福建、湖南、江苏、广西、西藏)明确将这类文件排除在应予备案审查的“规范性文件”之外。此外,也有部分省份虽然没有明确将此类文件作为应予备案的“规范性文件”,但也为备案审查机关根据具体情况进行处理留下了口子。例如,上海、浙江、甘肃、宁夏、内蒙古、云南等地的地方性法规都以类似“其他应予备案的规范性文件”的弹性规定为司法机关文件的备案审查创造了可能性。

^⑩ 这种通行的观点可以参见周道鸾:《论司法解释及其规范化》,《中国法学》1994 年第 1 期;李富金:《地方法院无权发布司法解释性文件》,《法学》1998 年第 2 期。

对于地方司法机关规范性文件的法律效力,大多数地方司法机关自身并不怀疑。例如,2006年《浙江省高级人民法院关于制发法院审判业务规范性文件的规定》规定,“未经审判委员会讨论通过,各审判业务庭、处、室不得制发对全省法院有约束力的规范性文件”,其言外之意就是经过省高级人民法院审判委员会通过的规范性文件对全省法院都有约束力;2013年《北京市高级人民法院审判执行工作规范性文件管理办法(试行)》更是直接规定:“高级法院发布的规范性文件,各级法院应当在审判执行工作中参照执行。”但也有地方司法机关对于自己制定之文件的法律效力持比较谨慎的态度,例如,2003年《广东省高级人民法院关于印发〈广东省高级人民法院关于民商事审判适用诉讼时效制度若干问题的指导意见〉等六个专题指导意见的通知》就声明,该指导意见“主要供各地法院民商事审判人员学习理解时使用。这些专题指导意见并非规范性法律文件,不能在裁判文书中直接引用,对此必须严格掌握。”这个声明实际上就隐晦地表明,该意见并没有法律效力。但不管地方司法机关如何定位其制定的此类抽象性文件,由于地方司法机关之间审级制度(对法院而言)或者上下级领导关系(对检察院而言)的存在,其在法律实践中事实上存在约束力是一个不争的事实。

对于这种地方司法机关司法解释性文件满天飞的情况,1987年《最高人民法院关于地方各级人民法院不应制定司法解释性文件的批复》就曾明确要求“具有司法解释性的文件,地方各级法院均不应制定”。2012年1月18日两个最高司法机关又发布了《最高人民法院、最高人民检察院关于地方人民法院、人民检察院不得制定司法解释性质文件的通知》,该通知要求“自本通知下发之日起,地方人民法院、人民检察院一律不得制定在本辖区普遍适用的、涉及具体应用法律问题的‘指导意见’、‘规定’等司法解释性质文件,制定的其他规范性文件不得在法律文书中援引”;“地方人民法院、人民检察院对于制定的带有司法解释性质的文件,应当自行清理。凡是与法律、法规及司法解释的规定相抵触以及不适应经济社会发展要求的司法解释性质文件,应当予以废止。”不过,这个通知在内容上存在很多问题。首先,它援引全国人大常委会的有关规定,认为司法解释的权力只是属于最高人民法院和最高人民检察院,但却又没有宣布地方司法机关制定的司法解释无效,只是要求自该通知下发之日起一律不得制定司法解释性质文件,并要求地方司法机关自行废止与法律、法规及司法解释的规定相抵触以及不适应经济社会发展要求的司法解释性质文件,这意味着通知发布之前地方司法机关颁布的并且经清理仍然保留的司法解释性文件仍然有效;其次,它一方面要求自该通知下发之日起,地方司法机关一律不得制定司法解释性质文件,但另一方面又认为“制定的其他规范性文件不得在法律文书中援引”,这实际上又变相认可司法解释性文件之外的“其他规范性文件”的法律效力。

不过,两个最高司法机关的这个禁令实际上也并没有得到很多地方司法机关的严格遵守。在这个通知下达后,地方司法机关制定的司法解释性文件仍然源源不断。例如,2013年《广东省高级人民法院办公室关于印发〈广东省高级人民法院关于审理非死刑、非抗诉案件工作若干问题的规定(试行)〉的通知》、2013年《江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院关于依法办理环境保护案件若干问题的实施意见》都是在这个禁令下发后颁布的。不仅如此,北京市高级人民法院甚至在2013年还专门制定了规范规范性文件制定程序的文件——《北京市高级人民法院审判执行工作规范性文件管理办法(试行)》,并且其中规定的“规范性文件”明确是指“高级法院各部门为贯彻落实中央、市委、最高法院工作部署,履行审判业务指导职责而制定,以高级法院名义或以各部门名义公布,对审判、执行工作中某一类案件、某一类事项做出的指导性意见”。

两个最高司法机关事实上无法全面禁止地方司法机关制定抽象性文件的现象可以在一定程度上说明,地方各级法院和检察院在“监督”或“领导”下级司法机关工作的过程中确实存在制定抽象性文件的客观需要,现在的问题主要还是在于如何对待这些不可避免要出现的文件。如前所述,宪法有关上级法院“监督”下级法院审判工作以及上级检察机关“领导”下级检察机关的工作的规定也可以理解为默示其享有制定规范性文件的权力,这就意味着至少中级人民法院和中级人民检察院以上的地方司法机关可以制定规范性文件。如果这一点能够成立,是否就意味着地方司法机关也像两个最高司法机关那样

拥有制定抽象性司法解释的权力呢?如果有关中国法院的司法解释权来源于宪法而不是全国人大常委会决定的观点能够成立,^⑧并且考虑到“监督”和“领导”下级司法机关所需抽象性文件不可避免会涉及司法解释问题,那么将《宪法》第127条和第132条理解为默示司法机关拥有制定包括抽象性司法解释在内的规范性文件的权力也未尝不可。这种明确认可现在具有广泛实践基础的地方司法机关制定司法解释性文件权力的做法至少可以在很大程度上把游离于目前规范性文件监督体系并且实质上影响公民权利和义务的文件纳入监督的范围,就如不少地方性法规已经开始做的那样。当然,这种对地方司法机关职权的扩权性解释可能会引起比较大的争论,要消弭这种争议最终还是需要法律对此予以进一步的明确规范。

五、结语

“规范性文件”是在法律体系中数量可观、对公民权利和义务具有重大影响但其性质和地位却又不甚明确的一类法律文件。在法律缺乏明确规定的情况下,对于这类法律文件的界定和对效力等级的确定都只能在坚持法律体系统一性的前提下依据现有的法律规定予以推论。正是基于这个指导原则,本文认为全国人大常委会工作部门将全国人大及其常委会制定的法律与规范性文件不加区分的做法是错误的,目前法理学教科书将全国人大及其常委会规范性文件的效力等级等同于法律、将国务院规范性文件的效力等级等同于行政法规的观点也是不能成立的。而要解决司法机关规范性文件的乱象,最可行的方法莫过于从宪法解释入手,将这些文件直接纳入现有法律体系的范畴。当然,要将上述推论和方案真正付诸法律实践还有待于法律予以明确规定,目前《立法法》的修订工作正在全面展开,我们也期待这次《立法法》的修订能够直面这些规范性文件的定位和效力问题。

(责任编辑:王 申)

^⑧ 参见董琳:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版,第11页。